POR DOÑA ANA DE LA COVA.

CON

EL CAPITAN IVAN Carrasco de Ayala, ambos vezinos de la Isla de Tenerife, en las Canarias.



PRESVPONGO EN EL HEcho, que por veynte y seis de Setiembre del año passado de seyscientos y veynte y tres, el Coronel Christoual Truxillo de la Coua, Regidor de la dicha Isla, hizo su testamẽto; por el qual auiẽdo hecho algunas mãdas, instituyò por su vniuersal heredera a la dicha Doña Ana de la Coua su sobrina, que tenia dentro de las casas de su morada: despues de lo qual por dos de Enero del año siguiente de veynte y quatro, hizo y otorgó otro testamento, en el qual instituyò por su vniuersal heredero al dicho Capitan Iuan Carrasco de Ayala, dexando vn legado de seys mil ducados a la dicha Doña Ana; y mandò, que el testamento que antes tenia hecho, en lo que no fuesse contrario, se obseruasse, y guardasse. Murio el dicho Coronel auiendo dispuesto en la forma referida de sus bienes, y despues de auer passado otras cosas, de que en el discurso de este papel se harà mencion, la susodicha puso demanda al di-

Num. 1. *Facti species.*

cho Capitan Iuan Carraſco de todos los bienes que huuo, y heredò del dicho Coronel, pidiendo ſe los dieſſe, y reſtituyeſſe con los frutos, y rentas deſde el dia de la muerte del dicho Coronel; eſto por quanto la intenciō, y voluntad del dicho Coronel auia ſido, y fue ſiempre, de que fueſſe ſu heredera vniuerſal, y que el auer nōbrado por ſu heredero al dicho Capitan Carraſco, auia ſido en confiança, mediante la fee, y palabra que le auia dado al dicho Coronel de reſtituyr toda ſu herencia a la dicha Doña Ana de la Coua ſu ſobrina.

Reſpondioſe por parte del dicho Capitan Carraſco, negādo la dicha confiança, y afirmandoſe en que la voluntad del dicho Coronel fue dexarlo por ſu heredero ſin grauamen de reſtitucion; y concluſo el pleyto, ſe pronunciò ſentencia por los juezes del Audiencia de Canaria, que reuocādo la del inferior, condenaron al dicho Capitan Carraſco, a que dieſſe, y reſtituyeſſe a la dicha Doña Ana por ſi, y como a ceſsionaria del fiſco todos los bienes, y hazienda que huuo, y recibio por fin, y muerte del dicho Coronel, con los frutos, y rentas deſde el dia de la muerte haſta el de la real reſtitucion. De la qual ſentencia ſe apelò para eſta Real Audiencia, donde en viſta fue confirmada a la letra; y la parte del dicho Capitan Carraſco ſuplicò della, y en los agrauios alegò de nueuo, que Franciſca Guerra, y Maria Gonçalez, teſtigos de la dicha doña Ana, auian jurado falſamēte; y lo meſmo auian hecho Bernabe Hernandez Almotazen, y ſu muger induzidos, y perſuadidos por la dicha Doña Ana, y Fray Vicente de la Peña por dadiuas que les auiā ofrecido, y que anſi los dichos teſtigos lo avian declarado, y confeſſado eſpecialmente el dicho Bernabe Hernandez, y ſu muger en el articulo de ſu muerte. Alegò tambien, que la dicha Doña Ana era indigna de la herencia del dicho Coronel Truxillo, por ſer ſu ſobrina, y auer eſtado amancebado con ella. Replicoſe por parte de la dicha Doña Ana, que eſtaua tan lexos de auer los dichos ſus teſtigos confeſſado, y declarado, que auian jurado falſamente, que antes ſiempre ſe auian afirmado en lo dicho; y q̄ los dichos Bernabe Hernandez, y ſu muger en el articulo de ſu muerte, vna y muchas vezes ſe auian afirmado en que aun no auian dicho tanto como tenian que dezir en fauor de la

dicha

dicha Doña Ana; y que la excepcion de indignidad no se le podia oponer por el dicho Capitan Carrasco, por ser derecho del fisco, que el solo, y no otro algun tercero puede oponer, y alegar. Con esto se recibio la causa a prueua, y ambas partes hizieron provāças; y està visto en reuista para determinár, y que aya de ser en fauor de la dicha Doña Ana, confirmando las sentencias de la Audiencia de Canaria, y de esta Real Audiencia; probatur indubie ex seqq.

No se puede dudar de que la dicha Doña Ana de la Coua tiene accion por si sola, sin necessitar de la que le cedio el Fisco real, y su cessionario en su nombre para pedir, y demādar al dicho Capitan Carrasco la herencia del Coronel, o ya sea negotiorum gestorum, quia negotium eius fecit, acomodādo su fee, y palabra al dicho Coronel Truxillo de restituyr, y entregar à la susodicha la herencia, que en lo aparente, y publico a el le dexaua, arg. tex. *in l. si pupilli, §. si quis pecuniam, ff. de negotijs gestis*, per quem tex ita in terminis taciti fideicommissi docet *Bart. in l. quidam cum filium, ff. de hared. instit. Paul. de Castro cons. 395. num. 1. & alij communiter*; o ya mādati, porque estando presente la dicha Doña Ana, el dicho Capitan Carrasco prometio al dicho Coronel restituyr la dicha herēcia à la susodicha; cū enim negotium alterius gerimus si absens sit, vel præsens ipso tamen inuito, seu ignorante negotium geratur actio negotiorum gestorum nascitur, *tex. in §. 1. instit. de obligat. quæ ex quasi contractu, l. 2. ff. de negot gestis*; si vero præsens, & sciens sit, nec contradicat mandati actio competit. *l. qui patitur, l. si remunerandi, §, passus, ff. mandati.* Y aunque parece que en la demanda se refiere el hecho, mas acomodado a la accion negotiorū gestorum, que a la acciō mandati, esto importa poco, porque atēta *l. 10. tit. 17. lib. 4. Recop.* se deue procederla verdad sabida, y que se hallare provada en el processo, adeò vt agens ex vna causa, & probans ex alia rectè egisse existimetur, vt victor euadat, *Ant. Gomez tom. 3. var. cap. 11. num. 6. circa finem, Auendaño responso 1. n. 21. & 22. Iuan Gutierrez lib. 1. practicarum, quæst. 100. nu. 8.* & in terminis similis statuti defendunt *Maranta in speculo, p. 4. distinct. 9. nu. 17. Craueta cum multis cons. 198 num. 7. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 9 num. 2. & q. 30. nu. 5. Thesaurus decis. Pedemont. 1. num. 21.* se-

Nu. 2. *Que D. Ana de la Coua tiene accion por si sin necessitar de la q̄ le cedio el fisco.*

Nu. 3. *De iure regio agens ex vna causa & probans ex alia optinere debet.*

 sequi-

quitur plures allegans *Surd.cons.12.num.74.* y esto procede cõ mas llaneza, propter vim,& effectũ illius clausulæ salutaris positæ in fine libelli, videlicet, peto iustitiam, como lo notò bien *Auendaño dict. responso 1.num.22.* in cuius confirmationem multa possem adducere, quæ consulto omitto, quia maiora nos expectant.

Sin que se pueda excluyr la intencion de la dicha Doña Ana, con dezir, y alegar el dicho Capitan Carrasco, que la dicha Doña Ana por auer tenido trato illicito, y deshonesto cõ el dicho Coronel fue indigna, y lo es de suceder en sus bienes. Porque se responde, que semejante alegacion, y oposiciõ de

Nu.4. *Nullus præter fiscũ potest excipere vel opponere indignitatem.*

indignidad no la puede hazer otro q̃ no sea el Fisco, per tex. *in l.his consequenter, in princ.*& ibi gloss. verbo, non pertinere, *ff. famil.ercis.* quia quoad alios indignus liberas ædes habet, *l.loci, §.competit, ff. si seruitus vindicetur*; & in terminis ita docent *Baldus & Imola in l.ex facto, §.Iulianus.ff. de vulg. & pupil. Aymon Craueta cons. 229.num.12.in fin Tobias Nonius cons.53.num.39.Franciscus Marcus quæst.256. Bartolus & Socinus,* quos sic dicentes refert, & sequitur *Peregrinus de iure fisci, lib.2.tit.2.rubr.de indignis, nu.8. & lib.3.tit.19.rubr. de relictis, clàm & palàm, num.24.Farin.in fragm.p.1.liter.C.num.564.& lit.F.verbo, fisco quando applicetur, num.25.* interim enim quod fiscus petit, indignus capit, nec lucro hæredis cedit. *l.1.vbi notant DD.communiter, ff de his, quibus vt indig. Peregrinus cum alijs per eum allegatis dict.rubr.de indig.nu.7.Farin.dict.verbo fisco, num.25.* In

Nu.5. *In quo differt indign⁹ ab incapaci*

quo differt indignus ab incapaci (licèt nonnunquã mali iuris decoctores his nominibus misere labẽtes promiscue abutãtur, indignum quandoque pro incapaci, quandoque incapacem pro indigno accipientes) incapax enim nec vllo instanti temporis acquirit, sed hæredum lucro cedit relictũ ex notatis per *glossam in.§.legati instit de lega & in l. si quis mihi bona, § si quis planè, ff.de adquir. hæred. Bartol.in l.fin.ff de his quib. vt indig.& in l.aufertur.in princ.ff de iure fisci,* notant communiter DD.in *l.1. C. de hæred.instit. Decius, Parisius, Socinus Iunior, & alij relati, & sequuti per Farin.dict.verbo, fisco quando applicetur, num.25.* Indignus autem acquirit (vt dixi) licèt reuocabiliter sub cõditione (inquam) si fiscus velit auferre, vt exponendo glossam *in dict.l. his consequenter*; benè declarat *Barbosa in l. si*

alie-

alienam 12.*nu.*70.*ff.soluto matrim.* lo qual corre sin dificultad, ni recelo enel caso presente, por auer cōsegui do la dicha doña Ana cesion de los derechos del fisco, mediante la transaccion fecha con Iuan Lasso cesionario del Fisco, como parece a fol. 118. y de la merced fecha por su Megestad al dicho Iuan Lasso a fol. 134.

Esto ansi assentado, todo el punto deste pleyto se viene a reduzir a si està probado, o no, que el dicho Capitan Carrasco prometiesse al dicho Coronel Truxillo, presente, o ausente la dicha D. Ana el restituyr, y entregar a la susodicha la dicha herencia; y esto es lo que deuemos investigar, y allanar, vt optatum portum assequamur. Nu. 6. *La dificultad de este pleyto se reduze a si està probada la cōfiança.*

Entre otros testigos que de diferentes circunstancias presentò la dicha Doña Ana para prueua de su intenciō, ay dos que cōtestan en que el dicho Coronel Truxillo antes de acabar, y fenecer el dicho vltimo testamento dixo, y declarò al dicho Capitā Carrasco como el dexarle por su heredero era en confiança, y solo a fin de que restituyesse toda la herencia a la dicha Doña Ana su sobrina; a q̄ respondio el dicho Capitan Carrasco, que lo haria ansi, que no dezia el aquella haziēda, pero la suya estaua para seruir a la dicha D. Ana: dizenlo ansi Francisca Guerra a fol. 28. y Maria Gonçalez a fol. 30. y esta depone de dos actos distintos, en q̄ vio como el dicho Coronel Truxillo le dixo a el dicho Capitā Carrasco, como la herencia se la dexaua en cōfiança para la dicha doña Ana; cō que parece que no recibe duda, que està probada la dicha confidencia, & tacitæ fidei accommodatio quam duobus testibus plenè probari firmarūt *Iasson in l. fin. n* 17. *in fin.* & *in nu.* 18. *in princ. C. de fideicom. Capola cautela* 129. *incipit: legata communiter relinquuntur num.* 1. & 2. *Stephanus Gratianus discept.* 650. *num.* 32. Nu. 7. *Tacitæ fidei accommodatio duob⁹ testibus probari sufficit.*

Sin que haga dudosa la resolucion referida lo que contra ella pondera el Abogado de la parte cōtraria; videlicet, q̄ de las palabras q̄ los dichos testigos refieren passaron entre los dichos Coronel Truxillo, y Capitan Carrasco, no se infiere accommodatio fidei obligatoria; la qual era necessaria ad probandum tacitum fideicommissum, adeò vt nec sufficiat fides pollicitatoria, vel enunciatiua ex *Bald. in dict. l. in tacitis,* *Obiectio.*

Responsio. *tis ff. de legatis* 1. *& alijs.* Porque se responde negari non posse, que las palabras que refieren los dichos testigos passaron entre los dichos Coronel, y Capitan Carrasco, concluyẽ pacto, y conuencion expressa entre los susodichos de restituenda hæreditate a la dicha Doña Ana de la Coua; siquidem el dicho Coronel le declarô su voluntad, e intencion era hiziesse la dicha restitucion, y que para esse efecto se la dexaua en confiança; y el dicho Carrasco le respondio lo haria ansi, q̃ ya lo tenia entendido, y que no solo la herencia que le dexaua, pero aun su hazienda estaua para seruirla, que fue venir, y consentir en lo mesmo que el dicho Coronel Truxillo quiso, y le declarò ser su voluntad, y por el consiguiente hazer pacto entre si de restituẽda hæreditate; *pactũ enim nil aliud est quã duorum in idem cõsensus. l.* 1. *ff de pactis, l, pactũ ff de pollicitationibus*; sin que para quedar obligado el dicho Capitan Carrasco fuesse necessario que prometiesse hazer la dicha restitucion por palabras proprias, y formales de promessa; pues aun estãdo en terminos de cõtrato verborum cum stipulatione sufficit, quod promissio fiat per verba æquipollentia, vt si quis interroget alium: *promittis mihi centum*, & alter respondeat per hæc verba, *quid ni?* vel *cur nõ?* tex. expressus in *l.* 1. §. *si quis ita, ff. de verb. oblig.* vbi gloss. ordinaria, & cõmuniter DD. notant; con que estamos fuera de los terminos de la doctrina de Baldo, vbi proximè docentis fidem pollicitatoriam non sufficere ad probandum tacitum fideicommissum; pues en nuestro caso no huuo solamente policitacion, quæ est solius offerentis promissio *dict. l. pactum*; verum etiam pactum, como se ha probado: fuera de que es mas cierto, y juridico ad inducendũ tacitum fideicommissum sufficere solam fidem pollicitatoriam accommodasse tex. est apertus, & rotundus *in l. in fraudem, in princ. ff de his, quæ vt indignis*, ibi. *Siue nuda pollicitatione repromisserit*: cuius videtur oblitus Baldus loco superius allegato, & melius sensisse *Acursium in. l. 3. in princ. verbo*, obligaret, *ff. de iure fisci*, vbi affirmat sufficere, quod hæres institutus pollicitus sit præstare fideicommissum, donde contrapone a la palabra, *obligaret*, verba illa, *vel pollicitus sit*, dando a entender, que no solo basta que se obligue el heredero ad præstandum fideicommissum; pero aunque bastara, quod pollicitus

citus esset præstare, que es mucho menos q̃ obligarse, quia iure ciuili attento ex pollicitatione nulla obligatio ciuilis, nec naturalis oritur nisi fiat ciuitati, Vniuersitati, Collegio, Ecclesiæ, vel Hospitali. *l. 1. & per totũ, ff. de pollicitationibus*, vbi communiter DD. *l. sciendum, §. dictum, ff. de ædilitio ædicto, l. nuda pollicitatione, C. de contrah. & commit. stipul.* Y finalmente toda duda, y disputa cessat hodie attenta celeberrima illa decis. tex. *in l. 2. tit.* 16 *lib. 5. nouæ Recop.* qua statuitur, que como quiera que parezca que vno se quiso obligar, lo estè, y quede obligado; quod exponunt communiter nostrates de simplici pollicitatione, & quolibet pacto etiam nudo, & qualibet promissione absque eo quod expressa, & formalis sit, sed sufficiat sola voluntas, & intentio partis volentis se obligare, ita *Antonius Gomez tom. 2. var. cap. 9. num.* 3. vbi generaliter colligit, quod ex omni actu, vel promissione ex qua iure communi nulla oriebatur actio, nec obligatio ciuilis, nec naturalis, hodie oritur vtraque, & addit: & excedit ius gentium, canonicum & ciuile: y da por razon, quia ex eis nulla oriebatur actio, nec obligatio ex pollicitatione, hodie tamẽ in nostro Regno benè oritur efficax actio, & obligatio per dict. l. Regiam, hæc ille: sequuntur *Couarr. cap. quamvis pactum, p. 2. §. 4. nu. 15. ad finem. versic. & fortasis, lib. 6. Menchaca de successionũ creatione, §. 21. nu. 43. Didacus Perez in l. 3. tit. 8. lib. 3. ordin. versic. quod autem. Greg. Lopez in l. 2. gloß. magna, tit. 11. part. 5. Matienzo in l. 7. tit. 10. lib. 5. recop. gloss. 2. nu. 19. Parlad. lib. 2. rerum quot. cap. 3. num. 33. Azeuedo dict. l. 2. tit. 16. lib. 5. recop. num. 11.*

Num. 8. *Ex pollicitatione regio iure attento nascitur obligatio, & actio.*

Obiectio.

Menos obsta el dezir, que supuesto que se trata de probar vna sustitucion fideicomissaria, que es otra segunda institucion, no bastan dos testigos, y se requieren en numero, y solemnidad tantos quantos son necessarios ad testamentum solemniter conficiendum ex *Iassone & Gratiano*, en el lugar que los refiere el Abogado contrario por fundamento de su objeccion. Porque se responde, que la doctrina de Iasson, y los que le siguen procede quando se pretende la restitucion del fideicomisso por voluntad sola del testador fideicomitẽte, sin que el heredero instituydo acomodasse su fee, y palabra al testador de hazer la dicha restitucion; quippè tùnc agitur de substantia testamenti quam per tot testes, quot testa-

Responsio.

 mentum

mentum probandum fore fatemur: at vero quando se preten de la restitucion en virtud, y fuerça de auer el heredero insti tuydo, acomodado su fee, y palabra al testador de restituen da hæreditate, tùnc duo testes etiam singulares sufficiunt ex *Iass. in dict. l. fin. nu. 17. & 18. C. de fideicom. Capola dicta cautela* 129. quia talis promissio transit in vim contractus secundú *Bartolum in l. nemo, ff. de legat. 1. per tex. in l. fin. C. de fideiuss. l. quidam, ff. de hæredib. instit.* ad cuius probationem duplicem testem sufficere non ambigui iuris est ex vulgatis, ita rem componit *Stephanus Gratianus tom. 4. discept. discept. 650. à num. 24. vsque ad 32.* & cautelam constituit *Capola* vbi proximè, vt legatum duobus testibus probetur dum ait: *Sed tu potes adhibere hanc cautelam, vt duo testes tantum sufficiant ad probandum, videlicet, quod quando testator facit testamẽtum faciat sibi promitti ab hærede de præstando legato legatario, nam tùnc tale legatum transit in vim contractus. &c.* Donde es de notar, que fue huyẽdo de la dificultad que podria auer, fundandose el legatario en sola la disposicion testamentaria por el mayor numero de testigos, q̃ para su probãça se requiere, & in expresso quod sufficiant duo, vel tres testes ad probandum tacitam fidem accommodatam fuisse asseruit, *Ioannes Garcia in tractatulo de tacito fideicommisso, num 25.*

Obiectio. Insuper neque obstat, que las dichas Francisca Guerra, y Maria Gonçalez sean criadas de la dicha Doña Ana, que se niega: quia licèt regulare sit domesticum testimonium vili

Responsio. pendendum fore; fallit en los domesticos que lo erã al tiempo que sucedio el hecho, de que se trata siendo de his, quæ domi gesta sunt per textum appertum in *l. consensu, C. de repudijs,* & cum veritas aliter haberi non potest. *l. Diuus,* versic. *Sed si aliter veritas, ff. de quæstionibus, cap. veniens, el* 2. vbi notãt omnes *de testibus, cap. fin. & ibi Abbas notab. 2. de testibus cogendis,* plures authoritates congerit *Farin. de testib q. 62. nu. 50.* constat autem, que la verdad en el caso deste pleyto aliter haberi non potest nisi per affines, & domesticos; supuesto q̃ el trato, y conuencion que huuo entre los dichos Coronel, y Capitan Carrasco fue dentro de las casas de su morada, y estando enfermo en la cama, gesta namque domi per alienos non facile probari possunt, vt inquit tex. *in d. l. consensu, §. seruus,* ibi:

Quo-

Quoniam non facile, quæ domi geruntur per alienos poterunt confiteri: y en tal caso, testes aliàs inhabiles integræ fidei reputantur ex *Decio cons. 342. num. 2. & in cap. tertio loco. num. 8. de probat. Ant. Gabriel tit. de testibus, vbi alios refert concl. 7. num. 7. Zephal. cons. 110. num. 30. Mascard. de probat. lib. 1. concl. 124. num. 44. & seqq.* quinimo in his, quæ domi geruntur maior fides datur domesticis quam alijs, vt probat *tex. in l quoties, C. de naufrag. lib 10. & in l. lex, quæ tutores, C. de administrat. tutor. & in. d. cap. veniens de testibus, & in dict. cap. tertio loco de probat.* docet *Bartolus in dict. l quoties in princ.* existimans in rebus, quæ intra nauem, vel domum geruntur testes de naui, vel de domo prius admittendos, & in eorũ subsidio alios, sequitur *Aretinus cons. 13. num. 17. Felin. in cap. in literis, nu. 6. de testibus cum alijs per Gabrielem dict tit. de testib. concl. 10. num. 38. Christoual de Paz ad ll. stili l. 62. scol. 5. num. 30. Farin. decis. 147. p. 1. n. 4. & nu. 10.* ibi: *Nec obstat obiecta domesticitas, quia vt dictum est non minuit, sed potius auget fidem testis in hac materia ratione præsumptæ melioris scientiæ, & veritatis, vt per Purpuratum cons. 179. sub num. 10.* docet *Gratian discept. 374. num. 6.* Y la tacha de enemistad q̃ se le opone a la dicha Francisca Guerra, nacida de no auerle dado el dicho Carrasco el legado para casarse, auiendoselo dexado el dicho Coronel para estado de Religion, no està probada, antes en esta vltima instancia algunos testigos presentados por parte del dicho Capitan Carrasco, deponẽ, que quando la dicha Francisca Guerra pidio que se le diesse el dicho legado, fue despues de auer dicho como testigo en esta causa; por lo qual la respuesta que se le dio fue, q̃ como queria que el Capitan Carrasco le diesse el legado si auia jurado cõtra el en el pleyto que traya con Doña Ana de la Coua; y entonces se le persuadio a que se desdixesse, y le pagarian el dicho legado. Y aunque se afirma por el Abogado cõtrario, q̃ la dicha Doña Ana prometio pagarle el dicho legado en caso de vencer este pleyto, porque dixesse en su fauor ex proprio capite loquitur, porque si algun testigo se alargò en esta parte, fue a vnas oydas vagas, que no prueuan la dicha circunstancia.

Menos caso se deue hazer de lo que se opone contra la dicha Francisca Guerra, por dezir, que despues de auer depues- *Obiectio.*

to en esta causa, dio a entender que lo auia hecho falsamente por lo que la dicha Doña Ana le auia prometido; y que si se podia remediar lo haria, dandole el Capitan Carrasco la dote, que el Coronel le mandò: porque del modo que lo deponen los testigos en esta vltima instancia, donde lo pretendio probar se descubre muy bien, que ellos insistian a la dicha Francisca Guerra a que se desdixesse por fauorecer la parte de Carrasco, y que ella siempre estuuo firme; y esto la suso dicha lo declara ansi en la ratificaciō que hizo de su primer dicho en esta vltima instancia, donde añade, que por la parte del dicho Carrasco se le hizieron muchas ofertas, y persuaciones, para que se desdixesse. Fuera de que quando se confessara, sine præiuditio veritatis, que la dicha Francisca Guerra despues de auer testificado con juramento en fauor de la dicha Doña Ana, huuiesse dicho, y declarado extrajudicialmente, que auia jurado falsamente, no le puede aprouechar al dicho Carrasco, ni causar perjuyzio a la dicha Doña Ana, por ser comun resolucion, que se deue estar a lo que el testigo en su primera deposicion con juramento testificó, y no a lo q̃ despues extrajudicialmente declarò, per tex. *in cap. sicut nobis 9. de testib.* docent *Bartol. in l. eos, nu 3. & 4. ff. ad l. Cornel de fals. Abb. in cap cum in tua, num. 9. ad finem,* ibidem *Felinus num. 6. extra de testib. Menoch de arbitr. casu* 108. *Andres Gail obseruat.* 104 *n. 7. lib. 1. Viuius in communibus opinionibus, versic. testis, quod de possuit in iuditio;* vbi alijs relatis ab hac communi in iudicãdo, & consulendo fatuum esse recedere dixit *Petrus Surdus dict cons. 132. num. 34. Farin. de testib. q* 66. *num.* 203. ibi: *Amplia primo hanc secundam ampliationem, vt procedat etiam in eo teste, qui expressè extraiuditium dicat, & profiteatur se in iuditio falsum depossuisse, adhuc enim iuditiale dictum non tollitur per secundum extraiuditiale, vt per Albericum, &c:*

Responsio.

Obiectio. Y la sublimitacion de que se quiere valer, diziendo, que aunque testes inhabiles sunt integræ fidei cum aliter veritas haberi nō potest, en el caso presente huuo otras personas presentes con quien se pudo probar la dicha confiança, si huuiera sido cierta, que fuerō el Licēciado Francisco Garcia Abogado, y el Escriuano, y su hijo, que ordenaron, y escriuierō el dicho testamento. Porque se responde, que el Licenciado

Responsio.

Fran-

Francisco Garcia era Abogado del dicho Capitan Carrasco en todos sus pleytos,especialmente lo fue en este,y quando vino a hazer la declaracion,en virtud de las censuras,ya auia hecho peticiones por el dicho Carrasco;y es cierto,q̃ aũque le constasse de la verdad,no la auia de manifestar en perjuyzio de su parte que defendia,propter particularem amicitiã, quæ inter patronum, & clientem cõtrahitur,arg.*l.nemo, l fin. C.de assessoribus*; eiusque honor, seu vituperiũ versatur, *Surdus decis.* 219. *Giurba decis.95.num.* 10.ex quo prohibiti sunt aduo cati testes esse pro clientulis *l fin.ff.de testibus,cap.fin.de testibus in 6.* Y el Escriuano, y su hijo,si bien derechamente no niegã la dicha confiança,no se atreuieron a deponer,y contestar en ella,ni dezir lo que oyeron,y entendieron passò entre los dichos Coronel Truxillo , y Capitan Carrasco , por el daño , y perjuyzio que de lo cõtrario se le pudiera causar al dicho Escriuano por la prohibicion de la nueua Pragmatica del año de mil y seyscientos y veynte y dos,que dispone no se hagan semejantes confianças,ni los Escriuanos las autorizen,so graues penas,que por ello les impone.testes enim cum id, super quod deponitur, cõcernit honorem, vel vituperium eorum, non merentur fidem : quia vidẽtur ad proprium commodũ, & in propria causa deponere, ita *Iasson in l. sanum mente, C. de transactionibus,Decius cons.94 nu.2. Alex.cons.70.volum. 3. Thesaurus Pedemontana decis.79 nu.40.Surdus cons.132.nu.13.*Con que parece que supuesto que los dichos tres testigos por las razones dichas era fuerça ocultassen la verdad , venimos a quedar en la limitacion de la regla & quod aliter veritas haberi non potuit in præsenti nisi per familiares,& domesticos, qui facto interfuere , como fueron la dicha Francisca Guerra ,y Maria Gonçalez; las quales es hecho constante , y no se niega por la parte contraria,que al tiempo,y quando sucedio el hecho de que se trata,y mucho tiempo antes,eran domesticas,del dicho Coronel Truxillo , y assistian en las casas de su morada.

Præterea licèt prædicti testes inhabiles reputarẽtur,quod negamus adhùc propter plura inditia, & præsumptiones cõcurrẽtes in casu præsenti quibus eorũ attestationes coadiuuantur,& verosimiles redduntur plenè probare necessum est fatea- Num.9. *Testib⁹ aliàs inhabilib⁹ cõ currentibus indicijs, &*

coniecturis plena fides debet adhiberi.

fateatur aduersarius ex *Alex.in l.si duo patroni, num.7.ff.de iureiur.& cons.56 in fin lib.2. Decianus cons 18 n.204.lib.1. Mascardus de probationibus, concl.944.num.14.& concl.1359.num.11.* & ab omnibus communiter receptum affirmat *Farin.de testibus, q.62.num.335.*

Nu.10. *Coniectura prima.*

Singulas igitur discurramus præsumptiones, & coniecturas oportet inter quas nó infimũ locum optinet, la que resulta, y se deduze del mucho amor, y volũtad que tuuo siempre el dicho Coronel a la dicha Doña Ana, diziendo, y publicando, que le auia de dexar toda su hazienda, y que con ella no le pagaua lo mucho que le deuia; en lo qual contestan Bernabe Hernandez Almotazen a fol.25. Fray Vicente de la Peña a fol.31. Doña Beatriz de la Coua a fol. 33. El Licenciado Christoual de Nordello en la segunda pregunta a fol. 240. Luys Fresco del Castillo a fol.250. El Licenciado Sebastian Sanchez de Chaues a fol. 260. executando esta intencion, y voluntad en el testamento de veynte y seys de Setiembre; en el qual la dexaua por su vniuersal heredera, sin que houiesse causa para reuocar pocos dias despues la dicha institucion, y quitarle la herencia: siendo asi, que siempre la tuuo en su casa conociendo lo mucho que la deuia, ex voluntate namque viuentis præsumimus voluntatem morientis. *l.Titiæ, §.qui mortem.ff.de ann.leg.l.quoniam, C. de natural liber.* & consequenter præsumi necessum est institutum fuisse el Capitan Carrasco in secundo, & vltimo testamento propter accommodatam fidem de restituẽda hæreditate a la dicha Doña Ana, vt bellè ratiocinatur sub terminis nostris *Paulus de Castro cons.395. num.1.lib.2.*ibi: *Isti quidem testes licèt sint singulares probant tamẽ voluntatem dicti ser Hectoris enunciatiuam de futuro, vel de præterito ex qua resultat præsumptio voluntatis, scilicet, quod instituerit ser Ioannem contemplatione sui, & fratris sui data sibi fide tacita de dando dicto fratri dimidium omnium bonorum, quia nemo præsumitur verbis dixisse, quod mente non gesserit.l.labeo 7. ff.de supelect leg.in qua voluntate. & tacita fide præsumitur perseuerasse non probato contrario, ff.de probat.l.3. de leg.2.l. Lucius, la 1.* & in terminis ad rem *Farin* extollit coniecturam ortam ex maxima dilectione inter testatorem, & tacitum fideicommissarium, *decis.765. 2.p.num.5. & num.12.*ibi: *Accedebat præmissis*

maxima

maxima dilectio erga Iulium, de qua supradictum est. Y aunque el Abogado contrario responde, que el consejo de Paulo de Castro no es deste intento el juyzio desto, dexo al docto sentir de V. S. por escusar prolixidad.

Secunda non leuis coniectura depromitur, del auer tratado el dicho Coronel Truxillo de dexar la dicha herencia en confiança, para que se restituyesse a la dicha Doña Ana, y para ello hecho escrutinio, y pesquisa de las personas de quien se podia hazer la dicha cõfidencia, consultando para ello Letrados, y otras personas, como lo dizen contestes Fray Antonio Luzena, Bernabe Hernandez, Gaspar Fresco del Castillo, Fray Thomas Coronado, Iuan Fresco, Maria Gonçalez, y Francisca Guerra. In qua voluntate, & intentione credibile est, quod permanserit, & opere expleuerit, quod consulendo quæsierit. *l. Stacius, ff. de iure fisci. l. cum tacitum*; iuncta gloss. 2. *ff. de probat.* Num. 11. *Coniectura secunda.*

Tertia satis vrgens coniectura desumitur, de auer dicho, y afirmado el Coronel Truxillo despues de hecho, y otorgado el dicho vltimo testamento, que el instituyr por su heredero a el Capitan Carrasco, auia sido en confiança, para que a su tiempo diesse, y restituyesse su herēcia a la dicha Doña Ana, en que estan contestes Gaspar Fresco, Fray Vicente de la Peña, Luys Fresco del Castillo, quam coniecturam considerat *Paulus de Castro dict. consil. 395. num. 1.* ibi: *Et quia post factum testamentum dixit, quod reliquerat omnia bona vtrique*; & magis in expresso omnino videndus *Farin. dict. decis. 765. nu. 9.* sequitur *Mantica de coniecturis, vltim. volunt lib. 12. tit. 16. nu. 20.* Nu. 12. *Coniectura tertia.*

Quarta cõiectura desumitur, de auer dexado el dicho Coronel Truxillo por heredero nombrado al dicho Capitá Carrasco, y no a Doña Beatriz de la Coua, muger del dicho Carrasco, que era sobrina del dicho Coronel, y a quien es verosimil dexara su hazienda, y no al dicho Capitan Carrasco, con quien no tenia parentesco alguno, qua coniectura cum alijs moti fuere domini auditores Rotæ Romanæ apud *Farin. d. decis. 765. n. 12.* ibi: *Quarta quia verosimiliter testator instituisset potius sororem germanam Petri vxorem suam quam ipsum Petrũ.* Y sino lo hizo el dicho Coronel, fue, porque su intencion, y volũtad era de que ni el, ni ella tuuiessen parte en sus bienes, Nu. 13. *Coniectura quarta.*

y ſolo quiſo dexar en lo aparente vn heredero hombre valido, que defendieſſe a la dicha Doña Ana de los pleytos injuſtos con que le amenazaua Sebaſtian Borges, que fue la cauſa para la dicha confidencia, en que cõteſtan todos los teſtigos preſentados por la ſuſodicha; nec huius coniecturæ vis eneruatur, con dezir, que Farinacio no la funda en la deciſion referida; pues para ſu aprobacion baſta que expreſſamente la Rota entre otras conjecturas la ponderaſſe para determinarſe a decidir, que la confidencia de que en aquella deciſiõ ſe tratò, eſtaua provada.

Nu. 14. *Coniectura quinta & vltima.* Quinta coniectura, quinimo plena probatio cõflatur ex confeſsione extraiuditiali, quam multoties emiſsit el dicho Capitan Carraſco deſpues de muerto el dicho Coronel Truxillo, diziendo, y afirmando, que la herencia ſe la auia dexado en confiança, y que todos los bienes que auian quedado del Coronel eran de la dicha Doña Ana, y que el ſolo era ſu mayordomo, que no tenia en ellos mas que lo que le quiſieſſe dar la dicha Doña Ana, no haziendo, ni executando coſa alguna ſin orden, y voluntad de la ſuſodicha, dando los lutos a quien ella ordenaua, y ofreciendole traer a ſu caſa el trigo de la coſecha del primer año, en que conteſtan los teſtigos ſiguientes.

Bernabe Hernandez a fol. 25. ibi: Y deſpues de fallecido el dicho Capitan Iuan Carraſco dezia, que el en la hazienda no tenia nada, que ſolo ſeruia de mayordomo, y lleuaua a eſte declarante conſigo, para que vieſſe lo que ſe compraua, para que ſe lo dixeſſe a la dicha Doña Ana. Y en la ratificacion fol. 43. en la tercera pregũta, ibi: Y aunque dexò lo que dexò al Capitan Iuan Carraſco, eſto en cõfiãça, para que deſpues de ſu muerte ſe lo dieſſe a la dicha Doña Ana; y es tanta verdad, que queriendo Gaſpar Freſco, y Iuan Freſco, y Luys Freſco, hijos del Capitan Franciſco Freſco, traer luto por el Coronel Truxillo de la Coua, quando murio le llegaron a pedir el dicho luto al Capitan Iuan Carraſco, para que ſe lo dieſſe de los bienes del dicho Truxillo, como ſe dio a los demas deudos: y el dicho Capitan Iuan Carraſco le reſpondio, que aunque el dicho Coronel Truxillo le auia dexado ſus bienes, fue con en confiança, y que el no tenia nada en ellos, porque todos

dos eran de Doña Ana de la Coua, que si ella mandasse que le diessen luto, que el lo daria; y el proprio Iuan Carrasco fue delante deste testigo a dezirselo a la dicha Doña Ana; y ella dixo que les diessen luto, y assi se lo dio el dicho Capitan Iuã Carrasco, &c.

Francisca Guerra a fol. 28. ibi: Y despues de auer muerto el dicho Coronel, esta declarante dixo al dicho Capitan Iuan Carrasco, mucho trigo tiene este año mi tio; y el dicho Capitan respondio, esto nada es mio, todo es de Doña Ana, que yo no soy sino su mayordomo, si ella me quisiere dar algo me harà merced; y q̃ aquel año entrò vn poco đ cevada; y siempre la dicha Doña Ana en todo lo que auia de hazer el dicho Capitan Iuan Carrasco, lo communicauan, y le daua los dineros que auia menester, porque no se vendiesse ningũ tributo, y todo lo gouernaua la dicha Doña Ana, & ibi: Y el año que murio el dicho Coronel Truxilo, el dicho Capitan Iuan Carrasco preguntô a la dicha Doña Ana si encerrarian el trigo en el granero aquel año: y la susodicha le respõdio, que aquel año por amor del pleyto de Sebastian Borges no, que lo encerrasse en su casa del dicho, que los demas años lo lleuarian allà, &c.

Ysabel Perez a fol. 29. ibi; Y despues de auer muerto el dicho Coronel entraua en la dicha casa el dicho Capitã Iuan Carrasco, y esta declarãte le dezia; Señor buena es la herẽcia del Coronel: y el susodicho respondia: Nada es mio, todo es de essa muger, si ella me diere algo se lo agradecere, q̃ yo no soy sino su mayordomo. *Y contesta en lo del trigo con el de arriba.*

Maria Gonçalez a fol. 30. ibi; Y esta testigo le dixo, Señor Capitan Iuan Carrasco mucho trigo tẽdra v.m. este año; y le respõdio el: No es mio, todo es de essa muger, señalãdo a la dicha Doña Ana, que yo solo soy su mayordomo, y si ella me diere algo se le agradecere. *Y contesta en lo del trigo con los de arriba.*

Iuana de Soto a fol. 33. ibi: Y esta testigo hablando vn dia con el dicho Capitan Iuan Carrasco en el patio de la casa de la dicha Doña Ana, le dixo: Señor, esta hazienda cuya es? y el dicho Capitan respondio, todo es de esse diablo, que yo no me echo nada en la bolsa, &c.

Doña Beatriz de la Coua a fol. 33. ibi: Y quando murio vido que los lutos, y funeral que se hazia, todo yva por ordē de la dicha Doña Ana, y el dicho Capitan Iuan Carrasco le yva a preguntar a quien se auian de dar, y lo que se auia de hazer.

Hilario Guerra a fol. 36. Despues de auer dicho de el pleyto que Sebastian Borges Zapata siguio cōtra los bienes del Coronel, dize, que tratando de los dichos pleytos, el dicho Carrasco le dixo estas palabras *Cansado me tienen, y enfadado estos pleytos sin prouecho, yo lleuome algo desto?*

Gaspar Fresco del Castillo a fol. 224. en la tercera pregunta, ibi: Y muerto el dicho Coronel Christoual Truxillo de la Coua fue este testigo, por ser algo deudo, a pedir vn luto para traerlo por el dicho Truxillo al dicho Capitan Iuan Carrasco; el qual le respōdio, que el no tenia nada en aquella haziēda, que se lo pidiesse a Doña Ana cuya era; y hasta que la dicha Doña Ana le mandò dar luto a este testigo no se lo dieron; y esto responde.

Luys Fresco del Castillo a fol. 249. en la quinta pregunta, ibi: Y este testigo fue al susodicho, y le dixo, que auia menester luto para el entierro; y le respondio, Yo no puedo darlo sin que lo mande Doña Ana de la Coua, que bien sabe v. m. que esta hazienda no es mia, sino suya. *Y añade mas adelante, q̄ por muchas vezes el dicho Capitan Iuan Carrasco le cōfessò, que no era suya aquella hazienda.*

Nu. 15. *Confessione extraiudiciali fidei tacitæ accōmodatio plenè probatur.*

Ex qua assertione, & confessione extraiudiciali toties repetita tacitum fideicōmissum, & fidem de restituendo accommodatam fuisse probari plenè obseruarunt post glossas ordinarias *in dict. l. 3. §. tacita, & in dict. l. in tacitis, & in d. l. in fraudem*; & omnes communiter de tacito fideicommisso agentes maximè *Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 3. tit. 1. num. 28. Peregrinus de iure fisci, dict. lib. 3. tit. 19 num. 4. Farin in fragm. 1. p. cap. fiscus quando auferat, nu. 81. & 82. Don Iuā del Castillo d. c. 69. versic. rursus pro eadem sententia*, vbi maiori ratione procedere affirmat, cum cōfessio extraiudicialis est geminata, vel alijs præsumptionibus adiubatur, idque comprobari affirmat ex resolutionibus authorum quos superius retulerat, & cumulatis per *Flores Diaz de Mena lib. 3. var. q.*

22.

22.num.34.& num.46.& 47. vbi inquit, quod poteſt iudex, ſi teſtes ſunt plures, & deponũt de pluribꝰ cõfeſsionibus, quæ quaſi deducerent rem ad manifeſtum, & notorium, vel atten tis alijs circunſtantijs, adhibere fidem teſtibus ſingularibus de confeſsionibus geminatis extraiuditialibus deponẽtibus, & probatum negotium iudicare: lo qual procede ſin eſcrupulo en el caſo preſente por la publica voz, y fama que ſiempre huuo de la dicha confiança, vt ſuperius dixi, quæ ſemiplenam probationem conſtituit, & iuncta cum probatione orta ex confeſsione extraiuditiali etiam vnica facit plenam probationẽ ex reſolutis per *Maſcardum de probat. concl. 379. vbi num.12.& nu.13. cum Craueta & alijs authoribus*, ſtatuit, quod confeſsio abſente parte probata per duos teſtes, quæ inducit ſemiplenam probationem coniungitur cum probatione famæ, & plenè probat. Y aunque el Abogado contrario, para que no ſe le dè credito al dicho Bernabe Hernandez, aſsienta, que eſtãdoſe muriendo el ſuſodicho declara auer depueſto falſamente: deſto no tiene probança concluyente, y por parte de la dicha Doña Ana eſtà probado plenamẽte, como el dicho Bernabe Hernandez en el articulo de ſu muerte ſe afirmò, y ratificó, cõ que lo que auia dicho en fauor de la dicha Doña Ana era verdad, y que no auia dicho tanto como ſabia: en lo qual conteſtan Diego Perez a fol. 244. Lazaro Hernandez a fol. 246. Fray Luys Cabral a fol. 247. Fray Vicẽte de la Peña a fol. 257. præterquam quod etiam ſi concludenter probatum eſſet, que el dicho Bernabe Hernandez huuieſſe hecho la declaracion en el articulo de la muerte, toda via ſe deuia eſtar por lo que primero dixo judicialmẽte, y cõ juramento en fauor de la dicha Doña Ana, ex *Felino in cap. cũ in tua, nu.6. verſic. & hoc habet locum, Tindar. de teſtibus p.2.n. 2. &* 5. vbi ampliat etiam ſi dictum extraiuditiale emanauerit in actu confeſsionis ſacramentalis, *Couar. lib.2. variar cap.13. num.7. in fin. Menoch. de arbitr. caſu 108. num. 20. Andreas Gail dict. obſeru.104. nu.7. lib.1. Farin. de teſtibus q.66. nu.204. &* 205. *Ant. Fab. in ſuo Codice, defin.34. in princ. tit 15. lib.4.* quia vt inquit *Baldus in l generaliter, notabili Vlt. C. de non numer. pec.* non poteſt teſtis, id quod dixit in iuditio infringere, aut retractare in alterius præiuditium, & damnum, etiam ſi mortis tempore

Obiectio.

Reſponſio.

 pore

pore aſſueret falſum teſtimoniũ dixiſſe proſequitur *Couar. dict. num. 7. in fin.*

Ex quibus coniecturis quedan baſtantemente coadjubados, y adminiculados los dichos, y depoſiciones de las dichas Franciſca Guerra, y Maria Gonçalez, para que ſin embargo de la inhabilidad que ſe les opone por domeſticas, y familiares de la dicha Doña Ana, ſe les deue dar entera fee, y credito, y ſe juzgue por probada la dicha confidencia, & tacitæ fidei de reſtituenda hæreditate accõmodatio, vt in ſimili aiebat *Farin. d. deciſ. 765. num. 12.* ibi: *Ex quibus cõiecturis ſimul iunctis dominis videbatur, quod reciperent magnum adminiculum dicta teſtium, vndè viſſa fuit ſatis probata voluntas Alexis, quod ſua hæreditas ad Iulium peruenire deberet.*

Nu. 17. *Expenditur fama publica, quæ ab initio cõſtãs percrebuit prædictæ cõfidentiæ.*

Verum tamen (licèt ex abundanti dictum eſt) es muy digna de põderar la publica voz, y fama, que deſde luego huuo, y haſta oy dura, de que la dicha herẽcia ſe le auia dexado en confiança al dicho Capitan Carraſco debaxo de fee, y palabra, que le dio al dicho Coronel de reſtituyrla a la dicha Doña Ana; en la qual fama, y comun voz eſtan conteſtes todos ſus teſtigos, y algunos que la parte del dicho Carraſco compulſò del pleyto, que el ceſsionario del fiſco ſiguio contra la dicha Doña Ana, en la decima pregunta del interrogatorio cõcluyen q̃ deſde luego fue publica, y notoria la dicha confidencia; quæ conſtans, & inconcuſſa fama, quod ſufficiat por ſi ſola quando no tuuieramos tantos indicios, y preſumpciones, como ay en el caſo preſente, vt aliàs teſtibus inhabilibus plena fides adhibenda ſit communis eſt Doctorum reſolutio *ex Gabriele tit de teſtibus, concl. 5. nu. 2. & concl. 7. n. 2. Carrerio,* & alijs congeſtis per *Farin. de teſtib. d. q. 62. nu. 339.* & in terminis taciti fideicommiſsi adnotauit *Don Iuan del Caſtillo dict. cap. 69. verſic. tertio conſtituo in fin.*

Obiectio. Y aunq̃ el Abogado de la parte contraria opone, que la fama para que prueue, es neceſſario que ſea conſtante, firme, y ſin condicion alguna, y nacida de probables conjecturas: requiſitos que afirma le faltan a la fama en el caſo deſte pleyto, imputando a los teſtigos q̃ della deponẽ, que a quien lo oyeron dezir afirmã fue ala dicha Doña Ana.

Reſponſio. Porque ſe reſponde, que la fama en nueſtro caſo tiene todos los dichos requiſitos, ſin que por la parte contra-

ria

ria se aya articulado, ni alegado fama contraria; y que las cójecturas que emos referido son bastantes ad inducédum populum ad sic credendum, & dicendum, negando (como negamos) q̃ los testigos que de la dicha fama deponen se refeṛian a oydas de la dicha Doña Ana, vt ex contextura attestationum apparet.

Y quando en el caso presente no huuiera testigos contestes de vista depromissione restituẽdæ hæreditatis sufficerét, hùcvsque coniecturæ, & præsumptiones deductæ; porque aun en caso, quo fideicommissum tacitum relinquitur inca paci, que trae consigo especie de delito, es comun conclusió que bastan indicios y presumpciones ad taçitæ fidei accommodationem probandam, ita *Salicetus in l. etiam, num. 7. C. ad leg. falcidiam,* dicens se ita cósoluisse cum quæstio de facto incidisset *Bolognetus cons. 24. Frãciscus Marcus quæst. 257. Ioan. de Anania cons. 13. Peregrin. de iure fisci, lib. 3. tit. 19. nu. 4. Simon de Petris de interpret. vlt. vol lib. 3. interpret. 3. dubit. 3. solut* 12. *nu.* 4. *Don Iuan del Castillo in 5. quot. p. 2. cap. 69. in princ. versic. supposito ergo. Antonius Gomez in l. 9. Tauri, nu. 25. Meneses in rubr. de fideicom. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 1. tit. 4. n. 9. & lib. 3. tit. 11. num. 28. Farin. d. decis. 765. num. 11. & in fragm. crimi. p. 1. cap fiscus quando auferat, Matienzo in l. 6 tit. 8 gloss. nu. 14. lib. 5. Recop.* est enim delictum occultum propter dolum interueniés, quem præsumptionibus, & inditijs plenè probari docet tex. *in l. dolum, C. de dolo,* & quando de delicto liquido constare non potest, quod sufficiant coniecturæ, affirmat Iurisconsultus *in l. non omnes, §. à barbaris, ff. de re militari,* ibi: *Sed licèt hoc liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum erit:* qui nimo coniecturas etiam imperfectas iungi, vt plenam fidé faciant post *Butrium, Bart. Alex. Decium, & alios tradidit Decianus cons. 76. num. 19. lib. 3. & num. 25.* vbi ait, quod ex multis verisimilibus presumptionibus, & coniecturis debet iudex animum suum informare, vt assentiat illi opinioni quam inducunt dictæ præsumptiones, & coniecturæ maximè quãdo à verosimili non discordant, *& num. 28.* vbi quod licèt probationes imperfectæ sint dummodo contineant verosimile plenè probant in fideicommissorum materia.

Nu. 18. *Coniectura, & inditia sufficiũt ad probandũ tacitum fideicommissum etiam si fiscus agat.*

Y aunque en el caso deste pleyto cada vna de las dichas

 pre-

Nu.19. *Cõiecturæ in tacito fidei-cõmiſſo ſufficit, quod probẽtur per teſtes ſingulares.*

preſumpciones eſtà probada con dos,y mas teſtigos conteſtes, adhùc ſufficeret,quod teſtibus ſingularibus probarentur ex *Paulo de Caſtro dict. conſ.* 395. cuius dictum ſequitur *Craueta conſ.73.num.33.Simon de Petris conſ.67.num.12.lib.1. Surd. conſ.94 num.47.Mantica de conіect.vlt.volunt.lib.12.tit.16.nu.* 20.vbi allegat Crauetam *conſ.714.num.16. Neniſan.conſ.34. num 3.Maſcardus concl.406.nu.7.Cardin.Tuſch.concl.341. verbo,accommodans,num.1.& 2.Farin.dict deciſ.765.num.7. Gratianus dict.diſcept.650.num. 24.Don Iuan del Caſtillo dict.cap.69. verſic.deinde,& ſecundo conſtituo.*

Et licèt contrarium ſe opponat, *Iuan Garcia in tractulo de tacito fideicom.num.25.* affirmans non ſufficere præſumptiones, & inditia, ſed requiri naturalem probationem duorum, vel trium teſtium aſſerẽtium accommodatam fuiſſe fidem, qui ſint legitimi,& tales quibus intrepide credendum ſit: nó eſt curandum de eius opinione, quia vt ipſe fatetur *num.24.* loquitur aduerſus communem bonis iuribus fulſitam, nec ipſi fauet tex.*in l.3.§.tacita,ff.de iure fiſci*,ibi:*Et alijs manifeſtiſſimis probationibus*,quia vt aduertit *Mantica dict.lib.1.tit.4.nu.* 9.in quibuſdam Codicibus non repetitur verbum illud, *manifeſtiſsimis*, & cum dixerit Iuriſconſultus probari per chirographum, ideſt, ſcripturam priuatam non videtur exigenda magna,vel diſsimilis probatio;ná verbum illud *alijs*,eſt implicativum ſimilium. *l. ſi fugitiui.cum gloſſ. ff. de ſeruo fugitiuo, cap.ſedes de reſcriptis*: præterquam quod in occultis manifeſta probatio dicitur etiam, quæ ex vrgenti præſumptione conflatur ex tex.*in l.ſi vero,§.ſi pro rei qualitate,ff.qui ſatiſd.cog.l.licèt, ff.de leg.1 l. ſi quis locuples in fin.ff. de teſtam.manumi.l.1.* vbi notat *Romanus C.de teſt.milit.*

Nu.20. *Reſpondeſſe a los lugares de Cuiacio, y Antonio Fabro.*

Y aunque el Abogado contrario quiſo autorizar la opinion de Iuan Garcia con el credito de Iacobo Cuiacio,y Antonio Fabro,imputãdoles fueron de la miſma opinion, ſi los lugares en que los cita ſe veen con mediana atencion, ſe hallarà que Cuiacio, aunque ſintio, quod per textum *in dict.§. tacita*,probatio taciti fideicommiſsi conuenit,vt fiat per teſtes de viſu, non tamẽ negat, quinimo expreſſè conſentit alio modo probari poſſe; vt patet ibi: *Vel alio modo legitimo*; modus enim probãdi legitimus eſt per cõiecturas, & præſumptiones,

tiones, vt per *Speculatorem tit. de probat. §. videndum Baldum in rubr. C. de probat. sequtum per Marsilium in rubr. C. de probat. nu. 2. versic. sed Baldus hic*, eleganter *Mascardus de probat. lib. 1. q. 4. num. 1. iuncto nu. 15.* & inter nouem probationum species, & legitimos probandi modos præsuptionem enumerat *Hostiensis* sub his carminibus.

Aspectus, scultum, testis, notoria, scriptum;
Iurans, confessus, præsumptio, fama probauit.

Quinimo manifesta probatio, quæ ex præsumptionibus resultat, saltim in occultis in iure existimatur ex tex. in *dict. l. si vero, §. qui pro rei qualitate*, cum vulgatis, y solo tiene por no bastante Cuiacio la probança ex solis suspicionibus, qualis est de qua *in l. fin. ff. de his, quæ vt indignis*: & hoc quia suspicio minus est, quam præsumptio, & coniectura adnotante *Decio in cons. 575. n. 5.* & post Bart. qué allegat *Gabriel lib. 7. de crim concl. 6. num. 3. Natta cons. 358. num. 12. lib. 2. Petra de fideicommissis, q. 9. num. 107. ad finem*; cum ex pluribus suspicionibus cõficiatur vna præsumptio ex *Baldo & Salic. in authent. si quis ei in fine, C. de adulterijs, Natta cons. 174. num. 8. Mantica de coniecturis lib. 1. tit. 2. rubrica coniectura in quot species distinguatur, n. 5. versic. quia multæ suspisiones, Menoch. de præsumptionibus, lib. 1. q. 7. nu. 54. Petra dict. q. 9. n. 106. & nu. 107. verbo, quod puto procedere, & verbo, imò ad faciẽdam vnam præsumptionẽ, & nu. 111.*

Y con mayor facilidad se satisfaze a el lugar de Antonio Fabro, porque como por el se vè va hablando de la probança, que Augusto quiso que huuiesse para obligar a los herederos instituydos a que restituyessen los fideicomissos, quorũ primus ipse Augustus necessitatem restituendi indixerat: & subiungit Faber rigorem probationis ab Augusto indictæ Iustinianum postea temperasse, mas no trata Fabro, ni dispu ta, que probança oy sea necessaria, y bastante para condenar a el heredero a que restituya el fideicomisso, de quo tacitam fidem accommodauit. Nu. 21.

A communi & magis cõmuni opinione in iudicãdo, & cõsulẽdo non est recedendum.

Verum, licèt fateremur (quod absit) Cuiatium & Antoniũ Fabrum eiusdem fuisse opinionis cũ Ioanne Garcia adhùc in iudicando, & consulendo à contraria opinione tãquam communi, communiori, & communissima, & à tot viris, tam antiquis, quam neothericis admissa, & probata nefas esset recedere

dere ex *Iassone in auth.nouissima,num.22.C.de inofficioso testam.* & *in auth.si qua mulier,nu.12.C.de sacrosanctis Eccl.* *Abb.in cap. prudentiam,nu 4.de offic. delega.* pulchrè & latè *Alphonsus Ojeda de beneficijs,2.p.cap.1.ex num.16.* opinio enim illa, quæ plurimorum Doctorum authoritate comprobatur, verior præsumitur ex *Menoch.de præsumpt.lib.2.præsumpt.71.num.2.* *Mascardo de probat.concl.138.nu.4.* & 8. *Rolandus cons.60. num. 40. vol.1.* & *cons.16.ex num.22.vol.3.* Subdens fatuum esse recedere ab ipsa cõmuni, & post plures alios tenet *Cenedo quæst. 8. Canonica sub num.10.* & pluribus relatis defendit *Salgado de protect.regia,1.p.cap.2.§.3.à num.22.*

Obiectio. Valesse la parte del Capitan Carrasco, y su Abogado de dos cõfessiones judiciales, que dize hizo la dicha Doña Ana en cierto pleyto, que se seguia contra la susodicha, en que se pretendia diesse, y pagasse vnos lutos; en las quales dize confessò no ser heredera, sino legataria del Coronel Truxillo, y q̃ el heredero era el dicho Capitan Carrasco; las quales quiere que de tal modo le perjudiquen a la dicha Doña Ana, que de todo punto en este pleyto cierren la puerta a su pretẽsiõ, vt omnino excludatur à cõsecutione prædicti fideicommissi, fundandose en la generalidad de la *l. cum præcum, C. de lib. cau.* cum vulg.

Responsio. Verum tamen nada causa menos perjuyzio a la dicha D. Ana que las dichas confessiones, y declaraciones. Tum quia el pleyto en que la dicha Doña Ana incidenter hizo las dichas declaraciones, era con diferente persona, por lo qual no le puede causar perjuyzio en este pleyto, quia confessio facta in vna causa nõ nocet in alia causa inter diuersas personas ex *resolutis per DD.in l.2.C.de edẽdo, Ioan. Andreas in cap. per inquisitionem de electione,* & *in add.ad Speculat tit. de obligat. §.fin.n.7. versic. indebitum:* vbi quod confessio eius qui cũ iuramento asseruit se non esse filium talis sibi non præiudicat, nisi quoad eum cui fuit confessus: sequitur *Natta cons.94.nu. 7. Surdus cons.135.nu.117.* & probatur apertè ex tex. *in l. fin. ff. de interr. actionib.* vbi confessio quam quis facit contra se cũ vna persona non præiudicat quoad aliam consonat *tex in l. interrogatam, C. de liberali causa,* & pluribus hãc comprobat declarationem *Romanus in l.mulier,num.37.* & *seqq.ff.soluto matrim.* præsertim cum confessio tendit ad alium finem per tex. *in cap.*

in cap. inquisitionis de accusationibus, docet *glossa in cap. ex penitentibus in fin.* latè *Marcilius in rubr. C. de probat. nu.* 88. Tum quia las dichas confessiones, y declaraciones principalmente no fuerõ en ordẽ a declarar si era, o no verdadero heredero, y no fiduciario el dicho Capitã Carrasco, ni se le preguntò a la dicha D. Ana, ni el pleyto era sobre esso: por lo qual lo q̃ dixo, y declarò en quanto a la dicha herencia, fue incidẽter, & enũciatiuè, & consequenter, aunque el pleytò huuiera sido cõ el dicho Capitan Carrasco no le podian causar perjuyzio a la dicha Doña Ana en este pleyto, dõde principaliter agitur de prædicto fideicommisso, & hæreditate restituẽda, ita *Bertazolus cons.* 471. *nu.* 10. *lib.* 2. vbi in specie de confessione facta per verba enũciatiua, & ante Bertazolum docuerat *Purpuratus in l. is apud quem nu.* 81. *in fin. versic. & idem si incidenter, C. de edendo*, conducunt tradita per *Surdum decis.* 309. *nu.* 1. Todo lo qual procede con mas llaneza, respecto de la confession hecha en el capitulo de la peticion, cõpulsado por el dicho Capitan Carrasco; porque como por el se vee, fue alegacion hecha por la dicha D. Ana en peticiõ de excepciones, que oponia contra lo que se le pedia por el dicho pleyto; por lo qual ningun perjuyzio le puede causar, quia ea quæ in exceptionibus includuntur non videtur fateri excipiẽs, ex vulg. reg. tex. *in l. non vtique, & ibi Bart. ff. de excep. & in l. siquidem. C. eodem tit. & in cap. cum venerabilis. extra de exceptionibus*, testatur de communi *Alex in l. decem, nu.* 25. *ff de verb. oblig.* & passim cõmuniter DD.

Ex quibus parece que la justicia de la dicha Doña Ana es clara, y procede sin dificultad, para que se prouea como tiene pedido, confirmando en reuista la sentencia de vista. Saluo en todo la dignissima correccion de V. m. cuius auspicijs hæc omnia.

Lic. D. Diego de Cuellar Velazquez.